



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La pérdida de oportunidad en la recuperación de los pacientes con enfermedades catastróficas por la no prestación oportuna de servicios de salud en Colombia¹

Diana Lucia Clavijo Sossa²

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El sistema de seguridad social en salud ha sido blanco de duras críticas en la última década, esto en razón a que la calidad de los servicios de salud se considera altamente deficiente ante las necesidades de los usuarios colombianos. Así mismo el Plan Obligatorio de Salud POS es altamente limitado en cuanto las patologías que presentan los usuarios del sistema y el acceso a servicios y medicamentos No incluidos en el plan de beneficios de salud, lo que conlleva una serie de trámites que en la mayoría de casos no tienen respuesta satisfactoria por parte de la EPS. Ahora bien, en el caso de las enfermedades catastróficas, existen una serie de lineamientos que deben seguir las Entidades Promotoras de Salud para garantizar el derecho a la salud y a la vida de los usuarios, sin embargo, en algunas ocasiones por la negligencia de dichas entidades los usuarios pueden perder oportunidades de recuperación, lo que deriva en un hecho que da lugar a la responsabilidad civil extracontractual, por lo que el usuario debería ser indemnizado por este hecho.

Palabras Clave: Servicio Público de Salud, Derecho fundamental, Sistema de Salud, Entidades Promotoras de Salud, Derecho a la salud, Recobros.

¹ Artículo de Investigación para optar por el Título de Abogada de la Universidad Católica de Colombia bajo la Dirección de la Dr. Harold Alexander Alarcón.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil Ni 2108300. Correo electrónico: dlclavijo00@ucatolica.edu.co

The loss of opportunity in the recovery of patients with catastrophic illness due to the non-timely provision of health services in Colombia

Abstract

The social security system in health has been the target of harsh criticism in the last decade, this is because the quality of health services is considered highly deficient in response to the needs of Colombian users. Likewise, the Compulsory Health Plan POS is highly limited in terms of the pathologies presented by the users of the system and access to services and medicines not included in the health benefits plan, which entails a series of procedures that in most cases have no satisfactory response from the EPS. However, in the case of catastrophic diseases, there are a series of guidelines that must be followed by the Health Promoting Entities to guarantee the right to health and life of the users, however, in some cases due to the negligence of said entities users may lose opportunities for recovery, which results in a fact that gives rise extracontractual civil liability, so the user should be compensated for this fact.

Key Words: Public Health Service, Fundamental Right, Health System, Health Promoting Entities, Right to Health, Recoveries.

Sumario

Introducción. 1. Sistema de seguridad social en salud en Colombia. 1.1 Ley 100 de 1993. 2. Enfermedades catastróficas o de alto costo y su regulación en Colombia. 2.1 Tratamiento de enfermedades de Alto Costo en Colombia. 3. La responsabilidad civil por pérdida de oportunidad en la recuperación de salud. 3.1. Perdida de oportunidad de los pacientes que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo por la no prestación oportuna de servicios de salud por parte de las EPS. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El sistema de seguridad social en salud ha sido blanco de duras críticas en la última década, esto en razón a que la calidad de los servicios de salud se considera altamente deficiente ante las necesidades de los usuarios colombianos (Barrera, 2016). Así mismo el Plan de

beneficios era limitado en cuanto las patologías que presentan los usuarios del sistema y el acceso a servicios y medicamentos que no se encuentran dentro del mismo, por lo cual se hizo necesario plantear una reforma al sistema de salud, para la prescripción de servicios, medicamentos e insumos que se encuentran por fuera del plan de beneficios.

Es así como se introdujo dentro del sistema de salud el aplicativo denominado Mi Prescripción (en adelante MIPRES), con lo que se eliminó el Plan Obligatorio de Salud, para facilitar el acceso a los servicios requeridos por los usuarios, así mismo el Ministerio de Salud ha expedido una serie de resoluciones en las cuales establece una hoja de ruta para la atención de ciertas enfermedades consideradas como catastróficas o de alto costo. Lo anterior con el fin de mejorar la prestación de servicios en salud y garantizar el servicio a la salud dado en la Constitución Política de Colombia y desarrollado posteriormente por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En el caso concreto de las enfermedades catastróficas o de alto costo (en adelante EAC) definidas por el Ministerio de Salud como aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento y en la modificación del pronóstico, se ha realizado una lista que determina cuales son y específica para las mismas un tratamiento diferencial en cuanto la prestación de servicios.

No obstante lo anterior, la situación actual que atraviesa el sistema de seguridad social en salud en Colombia y la demora en la prestación de servicios por parte de las EPS y las IPS, no permiten que las personas que tienen una enfermedad catastrófica o de alto costo acceda oportunamente al tratamiento necesario para tratar su enfermedad. Teniendo en cuenta que el tratamiento oportuno representa en estos casos oportunidad de recuperación, o no agravar su diagnóstico, es necesario realizar un análisis para determinar si podría configurarse la responsabilidad civil por pérdida en oportunidad de recuperación para el usuario.

Teniendo en cuenta, que el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 impone el deber a las entidades promotoras de salud de prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la dicha Ley (Cárdenas, 2013).

En razón de los argumentos expuestos anteriormente se ha planteado para el desarrollo de este artículo, la siguiente pregunta de investigación: ¿La demora en la prestación de servicios en el caso de usuarios con enfermedades catastróficas configura una causal de responsabilidad civil por pérdida de oportunidad de recuperación?, teniendo como objetivo principal analizar los casos de responsabilidad civil por pérdida de oportunidad para determinar si en el caso de las entidades promotoras de salud que no prestan servicios de salud oportunamente a los pacientes con enfermedades catastróficas, hay lugar a considerar la existencia de responsabilidad civil por pérdida de oportunidad de recuperación.

Lo anterior se realizará mediante la utilización de una metodología de tipo doctrinal hermenéutica y jurisprudencial a partir de la cual se hará un análisis del sistema de salud en Colombia y la regulación concreta frente a la prestación de servicios de salud de enfermedades catastróficas, para terminar con una síntesis acerca de la posible imputación de responsabilidad civil a las EPS por la pérdida de oportunidad de recuperación del usuario.

1. Sistema de seguridad social en salud en Colombia

El actual sistema de seguridad integral en Colombia se creó mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, dicha ley contiene una serie de disposiciones que hacen referencia específica al funcionamiento del sistema de salud en el país.

Como lo asegura Pereira (2007) el desarrollo de la Ley 100 de 1993 encuentra sus fundamentos esenciales en la Constitución de 1991 que describe la prestación del servicio de salud como una responsabilidad y obligación del Estado colombiano, que se debe materializar bajo los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia como lo expreso el Artículo 49 de la Carta Política.

Se observa entonces que el Constituyente fijó unos parámetros bajo los cuales el legislador desarrollaría la Ley que crearía el sistema de seguridad social integral en Colombia, teniendo en cuenta que la formulación del Estado Social de Derecho consagrado en la norma constitucional tiene su fundamento en el ejercicio y garantía de los derechos de los habitantes del territorio colombiano (Guarín & Rojas, 2017).

Cabe resaltar lo expresado por López (2010) sobre el fundamento constitucional del derecho a la salud en Colombia:

(...) Dentro del marco del Estado social de derecho de estirpe weimariano, que ha incidido en la organización sociopolítica de naciones como Colombia, bajo el marco del Estado de bienestar, surgido en Europa como resultado de las demandas sociales como la salud, al inicio del siglo XX, y reconocidas por primera vez, si bien es cierto de manera abstracta, en la Constitución de Weimar. El Estado social de derecho, ligado a los derechos sociales, resumidamente, garantiza “estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho⁵¹ y no simplemente de caridad (p.178).

De ese modo se abre paso un sistema de salud que como lo indican Castaño, Arbeláez, Giedion & Morales (2001) que buscaba ampliar la cobertura del sistema y el número de aseguradoras en el sistema de seguridad social, ya que antes de la Ley 100 se tenía únicamente un asegurador para los trabajadores del sector privado (el Instituto de Seguros Sociales, ISS), uno para el sector público (Caja Nacional de Previsión, CAJANAL) y adicionalmente varios pequeños aseguradores para entidades públicas de niveles departamental y municipal. Lo anterior no permitía que el afiliado escogiera de manera libre la entidad a la que deseaba afiliarse, *contrario sensu* estaban ligados a la aseguradora de acuerdo a los criterios de su empleador.

Lo anterior cambia sustancialmente con el nuevo sistema propuesto en la Ley 100 de 1993 que produce introduce varias reformas que serán analizadas a profundidad a continuación:

1.1 Ley 100 de 1993:

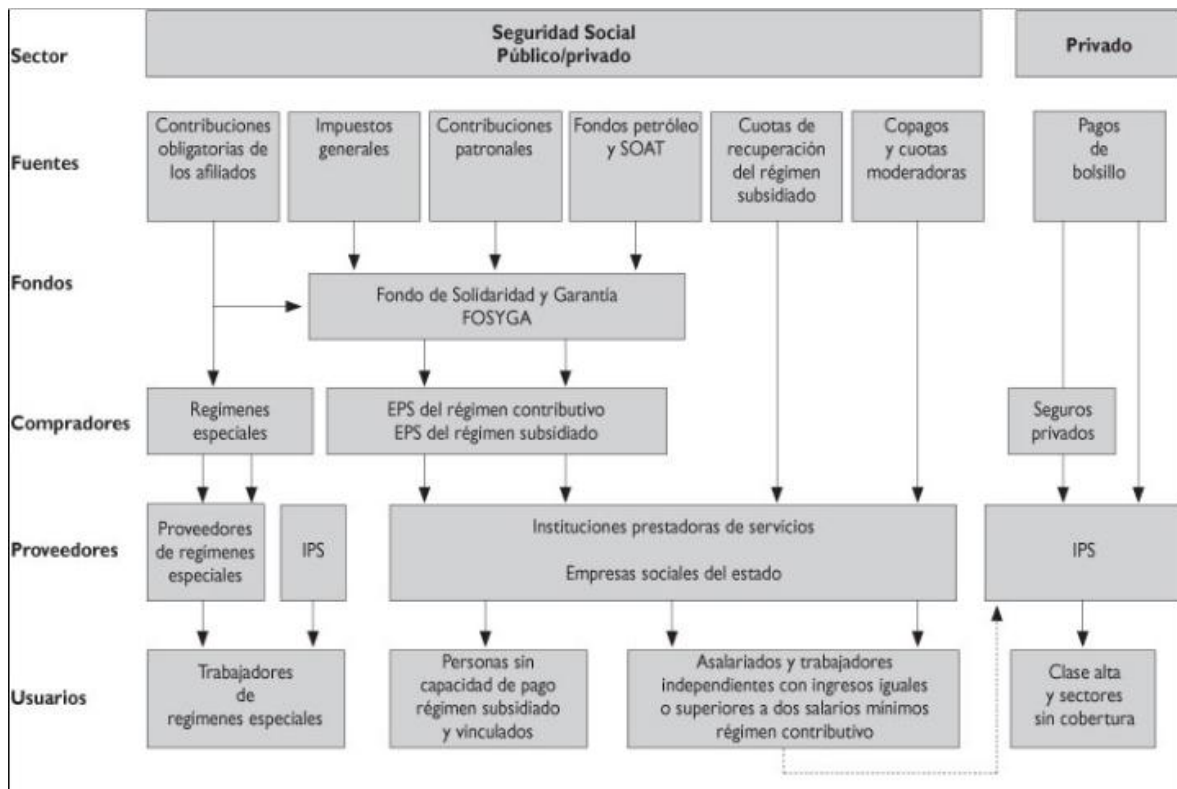
La Ley 100 de 1993 abrió paso a una estructura diferente del modelo de seguridad social en salud en Colombia que introduce nuevos actores como las Entidades Prestadoras de Salud (en adelante EPS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios (en adelante IPS). Como afirma Hernández (2016) Además de lo anterior se contempla la existencia de dos regímenes, uno es el subsidiado y otro el contributivo, articulados a través del Fondo de Solidaridad y Garantía (en adelante FOSYGA).

En el funcionamiento del sistema de salud las EPS que pueden ser de naturaleza pública o privada operan como aseguradoras y administradoras (Echeverri, 2013), a su vez las IPS son las instituciones encargadas de proveer los servicios de atención a los usuarios, así entonces cada EPS se encargara de contratar su red de prestación de servicios con estas instituciones.

Así mismo previo la Ley 100 de 1993 que los servicios de salud serán prestados de acuerdo de acuerdo con las prestaciones o beneficios definidos en el Plan Obligatorio de Salud. El contenido del dicho plan de beneficios varía en el caso del régimen subsidiado y régimen contributivo que tiene una mayor cobertura en cuanto a la prestación de servicios de salud. Así mismo el FOSYGA se destinó como la entidad que se encarga de reconocer el pago a las EPS, de acuerdo al número de afiliados y el valor de la Unidad de Pago por Capitación (UPC) y además debe trasladar recursos fiscales para el régimen subsidiado (Calderón, Botero, Bolaños, & Martínez, 2011).

Respecto del plan de beneficios que tendrán los usuarios de cada régimen del sistema de salud en Colombia, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 hace referencia expresa a este tema consagrando que el plan de beneficios para los usuarios afiliados al Régimen contributivo se definiría por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Ahora bien, en al caso de los usuarios afiliados al régimen subsidiado el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud estaría encargado de diseñar un programa para que estos usuarios alcanzaran el Plan de beneficios del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001.

Figura 1. Estructura de la seguridad social en Colombia



Fuente: Guerrero, Gallego, Becerril y Vásquez (2011).

Ahora bien, es necesario resaltar que la estructura del sistema de salud en Colombia que se planteó la Ley 100 de 1993 ha sido blanco de duras críticas en la última década, esto en razón a que la calidad de los servicios de salud se considera altamente deficiente ante las necesidades de los usuarios colombianos. Del mismo modo, el Plan Obligatorio de Salud POS es altamente limitado en cuanto las patologías que presentan los usuarios del sistema y el acceso a servicios y medicamentos NO POS, lo que conlleva una serie de trámites que en la mayoría de casos no tienen respuesta satisfactoria por parte de la EPS. Respecto de las barreras administrativas, la Corte Constitucional ha indicado en su sentencia T-405 de 2017, lo siguiente:

Este Tribunal ha resaltado que uno de los problemas más recurrentes en la prestación del servicio de salud es la imposición de barreras administrativas y burocráticas que impiden el acceso efectivo a los usuarios e, incluso, extienden su sufrimiento. Cuando se afecta la atención de un paciente con fundamento en situaciones extrañas a su

propia decisión y correspondientes al normal ejercicio de las labores del asegurador, se conculca el derecho fundamental a la salud, en tanto se está obstaculizando por cuenta de cargas administrativas que no deben ser asumidas por el usuario (Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2017).

Ante la ineficiencia del sistema de seguridad social en salud y la deficiente prestación de servicios por parte de las EPS y las IPS, el usuario se ha visto en la necesidad de acudir al mecanismo de la Acción de Tutela o quejas ante la superintendencia de salud que es la entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de las EPS para la efectiva prestación de los servicios o la entrega de medicamentos

La necesidad de las personas de hacer efectivo sus derechos, en especial el de la salud en su relación con la vida, han hecho aparecer la facultad moduladora en los jueces para resolver los diferentes problemas que se dan alrededor y al interior del sistema de salud (Guerrero, 2015, p.65)

En este punto es necesario destacar el papel que ha cumplido la Corte Constitucional en la promoción y prevención de los derechos de salud de los usuarios del sistema en Colombia. Ha sido esta Corporación judicial quien mediante las ordenes emitidas en sus sentencias de tutela ha permitido que la prestación de servicios en salud sea más eficiente de salud (Hernández, 2016).

2. Enfermedades catastróficas o de alto costo y su regulación en Colombia

Las enfermedades catastróficas o de alto costo (en adelante EAC) definidas por el Ministerio de Salud (1994) en el artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 como aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento y en la modificación del pronóstico. En esta misma se especificaron las patologías que son la enfermedad renal crónica, la enfermedad cardiovascular (ECV), el cáncer, las enfermedades huérfanas, las enfermedades neurológicas como epilepsia, el trauma mayor o gran quemado), artritis y VIH.

Como lo indica Lopera (2017) en Colombia la normatividad que se ha expedido en el país sobre esta materia no realiza un listado de esta clase de enfermedades, en ese sentido no realiza un análisis de categorías y subcategorías que permita identificar más fácilmente

estas patologías considerando que existen varias enfermedades que son precursoras o consecuencia de otras.

Ahora bien, respecto del tratamiento de las enfermedades del alto costo en Colombia, Celis (2014) expresa:

En cuanto al tratamiento de las enfermedades alto costo, se debe tener en cuenta que son situaciones inesperadas que traen consigo un riesgo económico para las familias, además de las propias del ciclo vital del ser humano, pues lo pueden afectar en cualquier momento de su vida y es por esto que la sociedad busca la protección de dicha contingencia. Sin embargo, es preciso tener en cuenta la diversidad de la infinidad de interpretaciones y definiciones que se tienen del concepto, pues en muchos casos se han incluido eventos o tratamientos de considerable frecuencia que no son de alto costo y se dejan de incluir otras que sí lo ameritan, hecho que evidencia la dificultad de definir un grupo de patologías, procedimientos o eventos de alto costo y proyectar su relación de costo – efectividad (p.13).

Esta definición fue realizada con la finalidad de establecer unas condiciones especiales para la prestación de servicios médicos, para garantizar la protección del derecho a la salud en el marco del Estado de bienestar que ha predicado la Constitución Política en Colombia, en ese sentido se han desarrollado desde la legislación una serie de prestaciones adicionales para los pacientes que padecen enfermedades de alto costo o catastróficas, con el fin de que se amplíe el margen de recuperación. (López, 2010).

Respecto del tratamiento de esta clase de enfermedades, la Corte Constitucional ha indicado en su sentencia T-081 de 2016 lo siguiente:

Cuando en el proceso tuitivo se encuentre vinculada una persona de especial protección constitucional, entre ellas, quienes padecen enfermedades catastróficas, degenerativas y de alto costo, como el cáncer, y se pretenda la protección del derecho fundamental a la salud, estos requisitos deben analizarse con menor rigurosidad. En pacientes diagnosticados con cáncer, la posibilidad de que ocurra un perjuicio irremediable sobre su salud es inminente, en consecuencia, el juez de tutela debe analizar si los otros medios ordinarios de defensa judicial, entre ellos, los regulados para acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, resultan eficientes, de lo

contrario la acción de tutela será el mecanismo idóneo de protección (Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2016).

A continuación se hará una breve descripción del tratamiento de las enfermedades catastróficas en Colombia de acuerdo a la normatividad que ha sido expedida sobre el tema.

2.1 Tratamiento de enfermedades de Alto Costo en Colombia:

El Congreso colombiano expidió la Ley 972 de 2005 mediante la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida. Esta norma contempla una serie de medidas para garantizar el tratamiento integral de esta clase de patologías.

Como lo expresan Quintero & Correa (2009) el Decreto 1938 de 1994, en su artículo 4º, literal 11 expresa que el tratamiento se define como todas las actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad. En ese sentido las EPS están obligadas a prestar de manera oportuna dichos servicios para garantizar el derecho a la salud de las personas que padecen esta enfermedad.

Ahora bien, para facilitar el acceso a los servicios de salud en primer lugar en el acuerdo 260 de 2004 exime a los usuarios de EPS la cancelación de copagos o cuotas moderadoras para el acceso a los servicios de salud. Así mismo en el año 2007 el Decreto 2699 de 2007 creó la Cuenta de Alto Costo, que es un organismo técnico no gubernamental de Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia que obliga a las EPS de ambos regímenes a asociarse para atender las enfermedades catastróficas o de alto costo.

Además de lo anterior, se han desarrollado campañas de prevención ante el aumento de casos de ciertas patologías, con lo que se busca generar una conciencia colectiva que permita disminuir los casos que se presentan en el país de patologías denominadas como catastróficas (Nieto, 2005).

Lo expuesto puede observarse de manera más concreta en la figura 2 que muestra las líneas de acción que ha establecido la Cuenta de Alto Costo para operar de manera eficiente y manejar de manera estandarizada la información referente a las patologías catastróficas o de alto costo.

Figura 2. Líneas de Acción Cuenta de Alto Costo en Colombia



Fuente: Cuenta de Alto Costo (2016).

Como se observa en la figura 2 la Cuenta de Alto Costo tiene una serie de competencias definidas en la determinación, prevención y atención de las enfermedades consideradas como catastróficas o de alto costo, lo que se realiza mediante la medición del comportamiento de las patologías.

La Corte Constitucional en su sentencia T-443 de 2007 se refirió a las enfermedades catastróficas o de alto costo y el tratamiento de las mismas como se observa a continuación:

Con relación a aquellos sujetos que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por padecer de enfermedades catastróficas o ruinosas -Cáncer- se le ha impuesto al Estado, la sociedad y, por supuesto, los jueces constitucionales, el deber de adoptar medidas que comporten efectivamente una protección reforzada, teniendo en cuenta que entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor deben ser la medidas de defensa que se deberán adoptar (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 2007).

En razón de lo anterior, con las medidas tomadas por el gobierno nacional para la atención de esta clase de enfermedades buscan facilitar el acceso de las personas con estas patologías a los servicios de salud, sin embargo persiste aun una deficiencia en la prestación de estos servicios por un lado por la falta de claridad en la normativa que define esta clase de enfermedades y en segundo lugar por el deficiente sistema de salud que Colombia tiene en la actualidad (Álvarez, 2000).

Igualmente ante la ineficiencia del sistema de seguridad social en salud y la deficiente prestación de servicios por parte de las EPS y las IPS, aún en los casos que el usuario presenta una patología denominada catastrófica o de alto costo, el mismo se ve obligado a acudir al mecanismo de la Acción de Tutela para la efectiva prestación de los servicios o la entrega de medicamentos, esto dificulta las probabilidades de recuperación del paciente.

La Corte Constitucional ha indicado en su sentencia T-121 de 2015 respecto de la integralidad del derecho a la salud, lo siguiente:

El derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva, como ocurre con el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada. Por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud: Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud (Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2015).

Sumado a lo anterior, como lo indica Chicaiza (2002) las limitaciones de los recursos del sistema de salud en Colombia y el aumento de las patologías que se denominan como catastróficas han generado que se presenten dificultades para la financiación de la Cuenta de Alto de Costo.

Posteriormente, se entrara a analizar el tema de la responsabilidad civil por pérdida de oportunidad en el caso de restar oportunidades de recuperación por la demora en la prestación de servicios de salud.

3. La pérdida de oportunidad en la recuperación de salud.

La pérdida de oportunidad en responsabilidad civil hace referencia como lo indica Lanzarot (2011) a ciertos casos en los que no puede establecerse si una conducta desplegada fue la causante de un daño, no obstante se establece que de haberse dado otro comportamiento existe la posibilidad de que el resultado lesivo no se hubiera producido.

Esta forma de imputación de responsabilidad civil hace necesario que se realice un análisis por un perito experto que logre determinar si en realidad la acción u omisión de quien presto el servicio de salud causo el daño o solo resto un porcentaje de oportunidad de recuperación.

En los casos en que las conductas desplegadas u omitidas han causado un daño personal, cierto y directo que represento para el paciente o en este caso concreto para el usuario perder la oportunidad de tener una ventaja o evitar un perjuicio, lo que constituye la obligación de indemnizar (Giraldo, 2011).

Sobre esta teoría la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado, especificando lo siguiente frente a la perdida de oportunidad en el caso de responsabilidad civil por indebida prestación de servicios médicos

No se condenará a los demandados al pago total de esa suma, pues lo único que se probó fue que la conducta negligente del médico mermó las oportunidades de recuperación del paciente, pero no que haya causado directamente el daño”, razón en virtud de la cual “sólo se condenará al pago del 30% de esa cifra (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC15787 de 2014).

En este sentido el Consejo de Estado también ha expuesto la aplicación de la teoría de la perdida de oportunidad en el caso concreto de la prestación de servicios de salud, frente a lo cual ha expresado lo siguiente:

Así pues, si el Hospital EL Tunal III Nivel hubiera dado cumplimiento a dichos requerimientos para recobrar la salud del paciente, no le habría hecho perder al aludido paciente el “chance” o la oportunidad de recuperarse. Para el sub examine, resulta evidente la pérdida de la oportunidad de recobrar la salud del paciente, toda vez que la omisión de la entidad demandada le restó oportunidades a la víctima de sobrevivir, puesto que -bueno es reiterarlo-, le dejó de brindar atención durante las dos primeras horas, así como no realizó la transfusión que necesitaba el paciente -pues no contaba con la suficiente cantidad de sangre- y, cuando finalmente se dio cumplimiento a dicho requerimiento, éste no pudo recobrar su salud y falleció horas después (Consejo de Estado, Sentencia 23632 de 2013).

Lo anterior deja claro que de comprobarse que el comportamiento desplegado u omitido por el prestador de salud le restó pérdida de recuperación al paciente, se debe proceder a la indemnización por el respectivo porcentaje de la pérdida del chance.

Subsiguientemente se hará referencia a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en el caso de que las entidades promotoras de salud resten oportunidad de recuperación a los pacientes con enfermedades catastróficas o de alto costo, teniendo en cuenta su obligación de prestar tratamiento integral y oportuno a los mismos.

3.1 Pérdida de oportunidad de los pacientes que padecen enfermedades catastróficas o de alto costo por la no prestación oportuna de servicios de salud por parte de las EPS:

En el caso de que los usuarios padezcan enfermedades catastróficas la Defensoría del Pueblo (2013) ha indicado que el médico general o especialista debe disponer de guías que les permitan, sin ninguna dilación ordenar los exámenes, pruebas diagnósticas, y demás para confirmar o rechazar el diagnóstico de una enfermedad catastrófica.

Así mismo en cuanto la oportunidad en la prestación de servicios de salud, la Corte Constitucional (2008) ha expresado que un simple retardo injustificado en el suministro de medicamentos o insumos médicos, o en la programación de un procedimiento quirúrgico o tratamiento de rehabilitación, puede implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente, o incluso, generar en éste, nuevas patologías.

En la Sentencia T- 234 de 2013, la Corte Constitucional expresa lo siguiente, respecto del deber de prestar los servicios de salud sin demoras:

Cuando por razones de carácter administrativo diferentes a las razonables de una gestión diligente, una EPS demora un tratamiento o procedimiento médico al cual la persona tiene derecho, viola su derecho a la salud e impide su efectiva recuperación física y emocional, pues los conflictos contractuales que puedan presentarse entre las distintas entidades o al interior de la propia empresa como consecuencia de la ineficiencia o de la falta de planeación de estas, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y clausura óptima de los servicios médicos prescritos (Corte Constitucional, Sentencia T-234 de 2013).

En razón de lo anterior, es preciso indicar que en el caso concreto de los usuarios o pacientes con enfermedades catastróficas en Colombia y la obligación de las EPS de prestar de manera eficiente y oportuna un tratamiento integral a las mismas, y que la omisión de esta obligación puede restar oportunidades de recuperación al paciente (Flórez, 2016).

Para tal efecto, como lo indican Gutiérrez & Gómez (2017) en los casos de pérdida de oportunidad de recuperación se debe demostrar que se estaba ante una situación apta para conseguir el resultado buscado y que la omisión de la EPS por no prestar oportunamente el tratamiento truncó la posibilidad de recuperación, es decir, el hecho de que el resultado final esperado se encuentre dentro del margen de incertidumbre, no releva a la víctima de acreditar una frustración cierta.

En primer lugar, es necesario hacer énfasis en que el derecho a la salud en Colombia ha tenido una evolución desde la Constitución de 1991 hasta la actualidad, en la que se ha recorrido desde un derecho progresivo hasta un derecho fundamental autónomo que se materializó con la expedición de la Ley 1751 de 2015.

Por lo tanto, el Derecho a la salud en Colombia debe estar revestido de una serie de características importantes como la integralidad, oportunidad, eficacia y eficiencia, que deben ser garantizadas por las Entidades Promotoras de Salud. Las fallas que se presenten en la prestación de servicios de salud son sancionadas en la actualidad por la

Superintendencia de Salud que es la entidad encargada de realizar el proceso de inspección, vigilancia y control.

No obstante, en el caso de la demora en la prestación de servicios de salud por responsabilidad de la EPS por trámites administrativos pueden ser considerados una negligencia y por lo tanto podría entrar a examinarse si puede configurar una causal de responsabilidad civil teniendo en cuenta que se le restan oportunidades al paciente que padece la enfermedad catastrófica o de alto costo de recuperarse, por lo tanto existen los elementos de la responsabilidad que son el hecho, la producción del daño y el vínculo de causalidad.

Sin embargo, se llega a la conclusión que no es esta la forma más efectiva de efectivizar el ejercicio a la salud de los individuos en Colombia, ya que se estaría hablando de una reparación al daño que ya se causó, en ese sentido resulta más eficiente que la Superintendencia de Salud realice una labor preventiva que se enfoque de manera predominante en el caso del tratamiento para los pacientes que padezcan enfermedades catastróficas.

Referencias

Álvarez, M. H. (2000). El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización. *Revista de Salud pública*, 2(2), 121-144. Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/revsaludpublica/article/view/18882>

Barrera, A. G. (2016). La salud como derecho versus la salud como mercado: balance ad portas de los 25 años de vigencia de la Ley 100. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14197>

Calderón, C., Botero, J., Bolaños, J., & Martínez, R. (2011). Sistema de salud en Colombia: 20 años de logros y problemas. *Ciência & Saúde Coletiva*, 16(6), 2817-2828. Recuperado de https://www.scielo.org/article/ssm/content/raw/?resource_ssm_path=/media/assets/csc/v16n6/20.pdf

Cárdenas, E. (2013). Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. *Revista De Derecho*, 40(1). Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33921.pdf>

Castañó, R., Arbeláez, J., Giedion, U., & Morales, L. (2001). Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud. Santiago de Chile: CEPAL. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5085/1/S0104340_es.pdf

Celis, S. (2014). Evaluación y aplicación del manejo y definición del concepto de alto costo en salud y la problemática del tratamiento de las enfermedades de alto costo. Trabajo de grado. Universidad De Santo Tomas División Ciencias Económicas Y Administrativas Dirección Posgrados Protección Social Y Salud Pública Maestría En Protección Social. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/384/EVALUACION%20Y%20APLICACION%20DE%20LA%20%20DEFINICION%20DEL%20CONCEPTO%20DE%20ALTO%20COSTO%20EN%20SALUD%20Y%20SU%20PROBLEMATICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Chicaiza, L. (2002). El mercado de la salud en Colombia y la problemática del alto costo. *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, 34(131). Recuperado de <http://revistas.unam.mx/index.php/pde/article/view/7455>

Cuenta Alto Costo. (2016). Líneas de acción. Recuperado de <https://cuentadealtocosto.org/site/index.php>

Defensoría del Pueblo. (2013). *Derechos En Salud De Los Pacientes Con Cáncer*. Bogotá. Serie Derechos De Los Usuarios En Salud Y Seguridad Social. Recuperado de http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/Cartilla_pacientes_Cancer.pdf

Echeverri, Á. (2013). La noción del servicio público y el Estado social de derecho. El caso colombiano. *Novum Jus*, 7(2), 111-127. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/658/676

- Flórez, C. (2016). Caracterización de la atención de urgencia inicial en el sistema de salud en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14211>
- Giraldo, L. (2011). La Pérdida de la Oportunidad en la Responsabilidad Civil (1st ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Guarín, E., & Rojas, A. (2017). La medida de la solidaridad: Responsabilidad del Estado y derecho de los asociados (1st ed.). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Guerrero, G. (2015). El derecho fundamental a la salud y las falencias del Sistema en el Estado colombiano a partir de la ley 100 de 1993. *Iter Ad Veritatem*, 13(1). Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/1205/1177>
- Guerrero, R., & Gallego, A., & Becerril, V., & Vásquez, J. (2011). Sistema de salud de Colombia. *Salud Pública de México*, 53 (2), S144-S155. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10619779010>
- Gutiérrez, V., & Gómez, S. (2017). “Pérdida de Oportunidad” en la responsabilidad médica Estatal, entre el vaivén de la certeza y la incertidumbre. *Revista Pluriverso*, 9(1). Recuperado de <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/Pluriverso/article/view/467>
- Hernández, A. M. (2016). El Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia (Ley 100 de 1993): entre modelo de sostenimiento económico y la defensa constitucional del derecho fundamental a la salud. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/13734>
- Lanzarot, A. I. B. (2011). A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, (16), 23-42. Recuperado de
- Lopera, M. (2017). Utilización de servicios de salud por enfermedades catastróficas o de alto costo en Antioquia. *Revista Gerencia Y Políticas De Salud*, 16(32). Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/rgps/v16n32/1657-7027-rgps-16-32-00120.pdf>

López, J. (2010). La Constitución De Weimar Y Los Derechos Sociales: La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 4(1), 167-180. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/705

Nieto L. H. (2005). Análisis del comportamiento de la siniestralidad por enfermedades catastróficas en una Empresa Promotora de Salud en Colombia. *Revista de Salud Pública*, 7, 293-304. Recuperado de https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0124-00642005000300005&script=sci_arttext

Pereira, M. (2007). La prestación del servicio de salud en Colombia. Instituto De Investigación Y Debate Sobre La Gobernanza, 2(1). Recuperado de <http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-283.html>

Quintero, J., & Correa, L. (2009). Enfermedades catastróficas en el sistema general de seguridad social en salud en Colombia*. *Revista Jurídica Mario Alario D' Filippo*, 2(1). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=21880>

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana (2007). Sentencia T-443 de julio 2. M.P Iván Humberto Escruería Mayolo.

Corte Constitucional colombiana (2013). Sentencia T-443 de abril 18. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional colombiana (2015). Sentencia T-121 de marzo 26. M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional colombiana (2016). Sentencia T-081 de febrero 23. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional Colombiana (2017). Sentencia T-405 de Junio 27. M.P Iván Humberto Escruería Mayolo.

Corte Suprema de Justicia de Colombia (2014). Sentencia SC15787 de noviembre 18. M.P
Álvaro Fernando García Restrepo.